

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO
Abogado
U. DE CARTAGENA.
Especialista en Derecho de los Negocios
Especialista en Derecho Comercial
U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

Cartagena de Indias, D. T. y C., 12 de noviembre de 2020.

Señor Magistrado, Doctor,
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Sustanciador
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL – FAMILIA
*En sus correos electrónicos: secsalcivfam@cendoj.ramajudicial.gov.co
des03scftsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co*

Referencia: Declarativo, verbal, contractual, responsabilidad civil, mayor cuantía, que World Shipping Management Corporation S. A., y otro, promueven contra Cotecmar y otro.

Radicado No. 13001 31 03 005 2010 00090 01.

Cuaderno de segunda instancia: Apelación sentencia de primer grado.

Memorial: Sustentación del recurso de apelación, según los reparos expuestos ante la a quo, que los demandantes propusieron, en lo que les fue desfavorable, contra la sentencia de primer grado. Esta sustentación se hace sin perjuicio de ampliar los contenidos de la misma, en el término que legalmente resta para ello.

Respetuosos saludos:

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 85.454.181, expedida en la ciudad de Santa Marta, y T.

P. de Abogado No. 85.162 del C. S. de la J., acudimos a su Despacho, con el debido respeto, en nuestra condición de Apoderado principal de **WORLD SHIPPING MANAGEMENT CORPORATION S. A.**, como, también, de **WORLD NEPTUNE S. A.**, a sustentar, según los reparos expuestos ante la *a quo*, la apelación propuesta contra la sentencia que ésta produjo, en el caso *sub iúdice*, el 4 de febrero de 2020, en lo que en ésta resulta desfavorable a los intereses de las sociedades comerciales demandantes.

Al margen de lo anterior, nos parece oportuno señalar que si antes habíamos introducido este mismo memorial, lo hicimos sin el ánimo de llenar de abultada documentación electrónica el instructivo; actuamos así porque como aún no se ha interpretado, con criterio de autoridad, los alcances de la expresión “(S)i no se sustenta oportunamente el recurso, se declarara desierto”, contenida en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, no quisimos correr el riesgo que al abrigo

de alguna interpretación de la normativa en cita, se conjeturara que la sustentación en cuestión debía ocurrir en término anterior al que se nos concede mediante providencia que el Tribunal profirió, en el caso *sub examine*, el 4 de noviembre de 2020.

Se expone, la sustentación de marras, como inmediatamente sigue:

1. En la sentencia escrita impugnada, la *a quo* decidió no acceder a las pretensiones principales Nos. 1 y 2 del libelo, o sea, aquellas en las que se pide que los efectos del contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, que Mundinaves Ltda., celebró con Cotecmar, se imputen a World Shipping Management Corporation S. A., (en adelante WSMC S. A.). Sobre este particular se lee en la sentencia en cuestión que la *“parte contratante en el contrato fue la persona jurídica WORLD NEPTUNE S. A., en condición de propietario y/o Armador de la M/N por lo que sería esta Sociedad la beneficiaria cualquier eventual*

indemnización de perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso del contrato, y la actuación de WSMC S. A., fue a título de intermediación siendo sus agentes - personas naturales, al mismo tiempo los Directores o representantes de WORLD NEPTUNE S. A.” (sic).

1.1. Esa decisión de la *a quo* es equivocada. En efecto, el acervo probatorio recogido en el caso *sub iúdice* es consistente en señalar que, por un lado, Mundinaves Ltda., realmente representaba a World Shipping Management Corporation S. A., cuando celebró con Cotecmar el contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, y, por otro, como inevitable consecuencia jurídica, que los efectos de tal contratación se imputaron a World Shipping Management Corporation S. A.

1.2. Los siguientes medios de pruebas, válidamente producidos en el caso *sub iúdice*, acreditan los asertos anteriores:

- Cotización No. 070 que Cotecmar dirigió a WSMC S. A., el 13 de marzo de 2003. Este documento se encuentra a folios 38 a 40 del cuaderno No. 1 principal. Trátese de un documento auténtico y, por lo tanto, con pleno plano valor probatorio: Cotecmar lo envió a propósito de la inspección judicial llevada a cabo en sus instalaciones. Esta cotización equivale, realmente, a una oferta o propuesta mercantil que Cotecmar remitió a WSMC S. A., y, desde este punto de vista, con ella se inició un proceso para la formación de un negocio jurídico (contrato mercantil), entre Cotecmar y WSMC S. A.: artículos 845 y siguientes del C. de Co.

- Acta de reunión para definir procedimiento, emitido por Cotecmar, para corregir el daño en las pistas o guías o rieles o brazolas por donde corrían las tapas de la bodega de la nave Rebecca I, llevada a cabo el 4 – 9 – 2003, en la que participó WSMC S. A. Este documento, entre otros, acredita que WSMC S. A., es la que

realizó la interlocución contractual con Cotecmar, a propósito del contrato de reparaciones específicas mencionado. Este documento obra a folios 62 a 64 del cuaderno principal No. 1.

- Requerimiento que Cotecmar hace a WSMC S. A., el 19 – 03 - 2003, para que pague el precio por los trabajos que realizó en la nave Rebecca I, a propósito del contrato No. 025 de 2003. Este documento obra a folio 66 del cuaderno principal No. 1.

- A folios 69, 70 y 71 del cuaderno principal No. 1, aparecen órdenes de trabajos “*adicionales*” para realizarlos en la nave Rebecca I, dispuestas por el “*cliente*” WSMC S. A., recogidas en los formatos que usa Cotecmar para este efecto, y que vienen suscritas por personal de éste y personal de WSMC S. A.

- A folio 704, reverso, del cuaderno de pruebas – inspección judicial, tomo No. 36 -, que trata sobre reunión llevada a cabo en Cotecmar el 6 – 05 - 2004, se señala que World Shipping Management Corporation S. A., pagó a Cotecmar, por las reparaciones que ésta llevó a cabo en la nave Rebecca I, la suma de USD\$54.000, y se comprometió a pagar el saldo del precio, que era igual a la suma de USD\$180.000.

- A folio 80 del cuaderno principal No. 1, obra acuerdo comercial, celebrado el 19 – 2 - 2004, mediante el cual Cotecmar se compromete a solucionar el daño que ocasionó en las pistas, guías, rieles o brazolas por donde corrían las tapas de la bodega del buque Rebecca I. Este documento está suscrito por WSMC S. A., y Cotecmar.

- Folios 36 y 37 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2, que tratan sobre la confesión que hace el apoderado judicial de Mundinaves Ltda., en el sentido que acepta que ésta era el agente marítimo de la nave Rebecca I, por nominación que le hizo WSMC S. A. También, que cuando Mundinaves Ltda., celebró con Cotecmar el contrato de reparaciones No. 025 de 2003, actuó en representación de WSMC S. A., que era el “operador” de la nave.

- También, la declaración de Álvaro Lequerica Otero, representante legal de Mundinaves Ltda., en su interrogatorio, que obra a folios 177 y 178 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2, en la que afirma que *“World Shipping era el armador del buque y era la persona que se entendía directamente con el astillero”*.

1.3. Entonces, los hechos precontractuales, como los propiamente contractuales e, incluso, los postcontractuales, son enfáticos en acreditar que WSMC S. A., era, realmente, el cliente o parte en el contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, que se celebró con Cotecmar.

1.4. El principio de la realidad contractual, que no solo tiene vigencia en las discusiones de estirpe laboral, pone de presente, en el caso examinado, que el contrato de marras relacionó a Cotecmar y a WSMC S. A.

2. En la sentencia escrita impugnada, la *a quo* soslayó tratar lo del incumplimiento de los deberes secundarios o de conducta que el contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, impuso a Cotecmar. Tal incumplimiento es el punto medular que sostiene las

pretensiones, principal No. 4; subsidiaria No. 2 de la principal No. 4; principal No. 5, y subsidiaria No. 2 de la principal No. 5.

2.1. En la sentencia recurrida simplemente se dijo: “*Así pues, existe suficiente evidencia en el expediente de que hubo un **cumplimiento defectuoso** de la prestación debida por COTECMAR a la hora de realizar las reparaciones en la motonave REBECCA I, específicamente cuando cambió el acero de los tanques laterales y paredes de la bodega de la embarcación, pues ocasionó el ya mencionado defecto a las pistas o guías por donde rodaban las tapas de la bodega de la M/N REBECCA*”. (Folio No. 17 de la sentencia en cuestión, y negrillas nuestras).

2.2. En la sentencia en cuestión, la *a quo* no definió su entendimiento sobre lo que llama “*cumplimiento defectuoso*”. El Dr. Fernando Hinestrosa Forero (qepd), en su libro llamado Tratado de las

Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2002, página 119, expone sobre la ejecución imperfecta que *“... cabe anotar que en las obligaciones de hacer el incumplimiento puede manifestarse en términos de ejecución imperfecta (art. 1614 in fine c.c.), cuando quiera que el trabajo realizado no haya sido adecuado o la obra no se ajuste a los términos del modelo trazado en el título, con las características correspondientes a las exigencias técnicas y profesionales del desempeño del operario, y este en el estado actual del tráfico jurídico es uno de los temas más complejos y sensibles”*.

2.3. Con todo, la postura jurídica de los demandantes ha sido, **y es, que cuando Cotecmar puso en las paredes laterales de la bodega de la M/N Rebecca I, el acero que se comprometió a poner - lo cual sí era su prestación a cargo, por lo que sobre ésta específicamente no puede decirse que haya habido una ejecución imperfecta o**

cumplimiento defectuoso -, causó un daño en las pistas, guías, rieles o brazolas por donde corrían las tapas Mac Gregor de la bodega del buque mencionado; **y no era una prestación a cargo de Cotecmar intervenir tales pistas, guías, rieles o brazolas**; entonces, este específico daño en la nave en cuestión, obedece a que Cotecmar incumplió los deberes de conducta o secundarios que el contrato de reparaciones específicas de la nave Rebecca I, le imponía, entre esos, prudencia, previsión, seguridad, protección y eficiencia.

2.4. Sobre la separabilidad conceptual entre el deber prestación y los deberes de conducta o secundarios que el contrato impone a los sujetos que hacen parte de él, se traen a cuento las siguientes ideas:

2.4.1. El contrato, en cuanto negocio jurídico, bilateral o plurilateral y, además, patrimonial, es, fundamentalmente, creador de obligaciones. Y la primera obligación que crea el contrato es la relativa a la **prestación**

que incumbe al deudor; el derecho de las obligaciones se ha ocupado arduamente de definir el contenido y objeto de la relación jurídica obligacional, **que no es otro que la prestación**. Luis Claro Solar dijo sobre el particular que: *“Toda obligación tiene por objeto una prestación, es decir un **acto** que el deudor debe ejecutar en beneficio del acreedor”*¹ (negritas nuestras); en el mismo sentido pronúnciese el profesor Fernando Hinestrosa Forero (qepd), quien ha señalado que *“objeto de la obligación es, ciertamente y siempre, un comportamiento humano, comisivo u omisivo, cooperación o colaboración ajena: es el deber de una persona determinada de **actuar en determinada forma**, correspondiente al poder de la contraria de esperar y, llegado el caso, exigir dicho desempeño. Esa conducta es la prestación”*²; y más adelante dice este mismo autor que *“la relación obligatoria gira en derredor de la prestación (...) **El deudor debe cumplir, y***

¹ Solar Claro Luís; Derecho Civil; Obligaciones; Tomo I; Imprenta Universal de Chile; 1986; página 15.

² Hinestrosa Fernando; Tratado de las Obligaciones; Tomo I; Universidad Externado de Colombia; 2002, página 107.

*cumplimiento quiere decir, otra vez ejecución exacta de la prestación. La exactitud de la prestación, concepto básico en el desenvolvimiento de la relación obligatoria.*³ (Negrillas fuera del texto original).

2.4.2. En últimas, el estado actual del derecho de las obligaciones acerca de los criterios que han usarse para identificar la prestación o el deber prestación o primario a cargo del deudor contractual, pasa por considerar la **significación** que suponen los términos **determinación y exactitud** de la prestación. En efecto, la prestación o deber prestación o primario del deudor contractual asimílese a la **conducta determinada y exacta** que éste ha de acometer, espontánea o forzadamente, frente a su acreedor.

³ Ibídem; Página 258.

2.4.3. El contrato crea, como dijimos, una serie de obligaciones a cargo de las partes que a él concurren; la primera de ellas es la relativa a la prestación o deber prestación o primario que incumbe ejecutar al deudor. El asunto es que hay otro volumen de obligaciones que, igualmente, o crea el contrato o las impone la ley a las partes de aquel. Y con esto se hace referencia a lo que la doctrina civil denomina de la **integración del contenido normativo de los contratos**, y que aparece prevenida en los artículos 1603 del C. C., y 871 del C. Co; la primera de las normas citadas dice: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*.

2.4.4. El profesor Karl Larenz explicó magistralmente el asunto al señalar que la relación jurídica obligatoria crea dos tipos de deberes, uno distinto del otro, aunque funcionalmente complementarios; al primer

deber lo llamó deber prestación o deber primario, y entendió por éste una acción u omisión **determinada** y ejecutable por el deudor de ella; y al segundo deber lo denominó deberes de conducta o secundarios; dijo el citado autor: *“Por consiguiente, lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (...) Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los*

*denominamos deberes de conducta, ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación”*⁴. (Negrillas fuera del texto original).

2.4.5. Así que es válido separar, en tratándose de un contrato cualquiera, el deber prestación o primario de los deberes de conducta o secundarios, aunque sean funcionalmente complementarios. El profesor Larenz acepta la posibilidad jurídica de demandar al deudor que incumple los deberes de conducta o secundarios, incluso para pretender la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios:

“No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y, en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato. Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes

⁴ Larenz Karl; Derecho de Obligaciones; Tomo I; Editorial Revista de Derecho Privado; 1958, páginas 20, 21 y 22.

*derivados de la relación de obligación (como relación jurídica especial), que, sin embargo, se diferencian por su carácter secundario, complementario, del auténtico deber de cumplimiento*⁵

2.5. Así las cosas, y frente a la exposición doctrinal inmediatamente hecha, cabe, nuevamente, preguntarse, cuál es la prestación o deber prestación o primario de Cotecmar frente a World Shipping Management Corporation S. A., atendiendo el contrato que los vinculó. Cotecmar se obligó, frente a aquella, a ejecutar, en la M/N Rebecca I, una serie específica de reparaciones; y una de ellas era el cambio del acero de los tanques laterales y paredes de la bodega de esta nave. Y esta es la prestación o deber prestación o primario que define la relación obligacional que vincula a Cotecmar frente a WSMC S. A. He ahí la conducta, **determinada y exacta**, que Cotecmar debía asumir frente a su acreedor. Y la asumió: Cotecmar, efectivamente, cambió el acero de

⁵ Ibídem; páginas 21 y 22

los tanques laterales y paredes de la bodega de la M/N Rebeca I; aunque, hay que decirlo, con ocasión de la ejecución de esa específica prestación o deber prestación o primario a su cargo, causó un daño conexo, cual es la deformación en las pistas, guías, rieles o brazolas por donde rodaban las tapas de la bodega de la M/N Rebeca I.

2.6. Y es que la **causalidad jurídica** con la cual se explica el daño en las pistas, guías, rieles o brazolas por donde rodaban las tapas de la bodega de la M/N Rebeca I, no pasa por la inejecución de una prestación o deber prestación o primario a cargo de Cotecmar, sino a una conducta descuidada e imprudente cuando acometió la reparación consistente en el cambio del acero de los tanques laterales y paredes de la bodega de la M/N Rebeca I.

2.7. Ahora bien, como lo que incumplió Cotecmar son los deberes de conducta o secundarios que el contrato de marras le imponía - lo que

trae como consecuencia jurídica, según lo explicamos en el libelo, y a ello en esta oportunidad recurrimos, que la cláusula penal moratoria o retardataria diaria acordada en el contrato de reparaciones de la MN Rebecca I, no sea aplicable -, correspóndele a WSMC S. A., acreditar, probatoriamente, el daño que a ella le causó Cotecmar, que no es otro que la inmovilización de la nave Rebecca I, en el astillero de aquella, por un largo período de tiempo, y, seguidamente, que WSMC S. A., perdiera una ganancia o renta (**lucro cesante diario**), justamente por la inmovilización de su unidad productiva por culpa de Cotecmar, **lo cual sí que se acreditó con suficiencia en el caso *sub iúdice*, como pasamos a sustentarlo.**

3. En la sentencia impugnada, la *a quo* no acogió el dictamen pericial que en el *sub iúdice* se recogió para acreditar lo del lucro cesante del que Cotecmar privó a WSMC S. A.

Dijo en la sentencia recurrida sobre este particular:

“Al margen de lo anterior, lo cierto es que el artículo 232 del C. G. P., preceptúa que el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, características que en este caso no refulgen en la experticia.

En el evento que nos ocupa el perito no utilizó ninguna información, documentación o soporte específico que correspondiera a la motonave REBECCA I, es decir, desde el principio el dictamen pericial, no tiene como objetivo conocer el valor real diario que normalmente ganaba el propietario y/o armador por la motonave REBECCA I, sino que se queda en el plano de lo hipotético al poner como objetivo del dictamen “determinar el valor diario en dólares de USA de los fletes que ganaba

*un armador en el periodo comprendido entre julio 03 y junio 08 de 2004, para una motonave **con las características de la REBECCA I**".*

Era posible para el auxiliar de la justicia, obtener información y documentos provenientes del propietario y/o armador, que dieran cuenta del valor real que antes de la llegada de la motonave al astillero de COTEMAR, y en condiciones normales, generaba como ganancia la motonave REBECCA I, para así poder entrar más en el plano de la certeza y salir de lo eventual o hipotético.

Lo anterior resulta relevante, teniendo en cuenta, como ya expusimos, que la responsabilidad civil en Colombia es resarcitoria y no punitiva, en el sentido de que lo que se persigue con esta acción es que la víctima quede indemne, es decir, en la misma situación que hubiera estado de no haberse producido el daño.

Una motonave con las características de la denominada REBECCA I, no siempre va generar las mismas ganancias para sus armadores, pues eso dependerá de las relaciones comerciales que tengan sus propietarios y/o armadores, así como de otros factores que influirán en el resultado final del negocio comercial, como por ejemplo los costos de producción o gastos invertidos que no siempre serán los mismos. No puede concluirse de manera objetiva el lucro cesante por las meras características físicas de la motonave, pues esto podría generar que se indemnicen daños eventuales, que en ningún caso son indemnizables, recuérdese que el perjuicio debe ser real y cierto.

Otro defecto del dictamen es que el perito de manera autónoma decide hacer el cálculo desde el día 03 de julio de 2003, hasta el 08 de junio de 2004, pese a que el objeto del dictamen no contemplaba esas fechas, pero de acuerdo a lo ya estudiado en esta sentencia, el periodo a indemnizar no es aquel, sino el comprendido desde el 30 de julio de

2003 hasta el 05 de mayo de 2004, por los que los valores de las conclusiones del dictamen necesariamente estarán erradas”.

3.1. Las críticas probatorias que la *a quo* hace al dictamen pericial mencionado, son manifiestamente erradas.

3.1.1. Frente a específica crítica de la *a quo* al dictamen pericial de marras, que la desarrolló así: *“En el evento que nos ocupa el perito no utilizó ninguna información, documentación o soporte específico que correspondiera a la motonave REBECCA I, es decir, desde el principio el dictamen pericial, no tiene como objetivo conocer el valor real diario que normalmente ganaba el propietario y/o armador por la motonave REBECCA I, sino que se queda en el plano de lo hipotético al poner como objetivo del dictamen “determinar el valor diario en dólares de USA de los fletes que ganaba un armador en el periodo comprendido entre julio 03 y junio 08 de 2004, para una motonave **con las***

características de la REBECCA I". Era posible para el auxiliar de la justicia, obtener información y documentos provenientes del propietario y/o armador, que dieran cuenta del valor real que antes de la llegada de la motonave al astillero de COTEMAR, y en condiciones normales, generaba como ganancia la motonave REBECCA I, para así poder entrar más en el plano de la certeza y salir de lo eventual o hipotético. Lo anterior resulta relevante, teniendo en cuenta, como ya expusimos, que la responsabilidad civil en Colombia es resarcitoria y no punitiva, en el sentido de que lo que se persigue con esta acción es que la víctima quede indemne, es decir, en la misma situación que hubiera estado de no haberse producido el daño"; replicamos:

- Olvida el Despacho que en nuestra legislación probatoria, se admite, como regla general, la libertad probatoria, excepto para ciertos hechos respecto de los cuales la ley exige alguna solemnidad probatoria.

- Entonces lo del lucro cesante de la nave Rebecca I, el cual perdió WSMC S. A., por culpa imputable a Cotecmar, no se acredita únicamente con *“información, documentación o soporte específico que correspondiera a la motonave REBECCA I”,* o con *“información y documentos provenientes del propietario y/o armador, que dieran cuenta del valor real que antes de la llegada de la motonave al astillero de COTEMAR, y en condiciones normales, generaba como ganancia la motonave REBECCA I”.*
- Por el contrario, la jurisprudencia local ha dicho sobre el particular que: *“No obstante, la deficiencia probatoria respecto de la cuantía del lucro cesante no impide su tasación en virtud de que habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la equidad negar su reconocimiento en el caso concreto, en el que quedó claro que el señor Patiño Montes es Abogado y que en ejercicio de dicha profesión obtenía un ingreso que le permitía*

atender sus propias necesidades y la de su familia. La Jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, hay eventos en el que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, **pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión**, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación. Sobre el particular, la Corte ha sostenido que “la equidad se erige en unos de los más caros principios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil., y 8° de la ley 153 del 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha,

inclusive de naturaleza probatoria, pues, v... gr., de conformidad con la ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas, “atenderá” los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (artículo 16, se subraya)”. De manera pues, que el juez puede evitar la iniquidad de los fallos, y bien puede acudir a diferentes mecanismos que le permitan valorar la dimensión del perjuicio, con miras a dejar indemne a la víctima ... En ese orden de ideas, tal como lo asentó la Corte en el fallo que recapituló las decisiones reseñadas, el juez, estando acreditado el daño, ante las deficiencias probatorias para cuantificar un lucro cesante efectivamente causado (pasado) o con un alto grado de posibilidad de producirse (futuro), debe echar mano de todos los métodos de evaluación que permitan determinarlo, ya sea por analogía o comparación o por proyección o modelización”.

(Sentencia de casación que la Corte Suprema de Justicia, profirió el 20 de enero de 2009, en el radicado No. 17001 31 03 005 1993 00215 01, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Octavio Munar Cadena). (Negrillas fuera del texto original).

- También la doctrina se ha pronunciado sobre los criterios que la judicatura debe usar para determinar el lucro cesante por la inmovilización de una unidad productiva: *“En principio, lo normal es que la víctima demuestre la totalidad del lucro cesante que ha sufrido con la inmovilización del bien. **Por cuantioso que sea el daño, tiene derecho a su indemnización.** Así, por ejemplo, si el propietario de una máquina logra demostrar que con ella obtenía cuantiosas ganancias, la indemnización deberá tener en cuenta todos esos factores, independientemente del valor del bien afectado. Pero puede ocurrir que esa prueba no pueda ser aportada, por lo menos con tanta exactitud. Es entonces cuando*

los indicios y la equidad son preciosos instrumentos de que dispone el fallador. **En tales circunstancias, el juez podrá tomar en consideración el rendimiento de bienes de las mismas características del que ha sido inmovilizado. Por ello, la jurisprudencia ha considerado que el monto del lucro cesante generado por la destrucción o deterioro de un vehículo, se obtiene averiguando cuál es la utilidad que en el medio local produce un automotor de las mismas características del que ha sido dañado.**” (Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Legis, Séptima Edición, 2013, Página 845). (Negrillas fuera del texto original).

- Y, por último, el artículo 16 de la ley 446 de 1998, señala, en lo que hace a valoración de los daños, que dentro “*de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas,*

atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales". Esta normativa es particularmente aplicable al caso en cuestión, puesto que no resulta conforme a la equidad que si la nave Rebecca I, se inmovilizó, en un largo periodo de tiempo, por culpa imputable a Cotecmar, la indemnización por lucro cesante no sea posible por el hecho mismo de esa inmovilización, la cual causó, repetimos, Cotecmar. Una tesis como esta es francamente inadmisibile, puesto que con ella se favorece injustamente al victimario; y lo que legalmente le corresponde a la Administración de Justicia es, una vez atribuida responsabilidad civil contractual al victimario, como acá aconteció contra Cotecmar, es que, incluso, oficiosamente, se recaben todos los medios de prueba que acrediten la cuantía del perjuicio.

3.1.2. Frente a específica crítica de la *a quo* al dictamen pericial de marras, que la desarrolló así: *“Una motonave con las características de la denominada REBECCA I, no siempre va generar las mismas ganancias para sus armadores, pues eso dependerá de las relaciones comerciales que tengan sus propietarios y/o armadores, así como de otros factores que influirán en el resultado final del negocio comercial, como por ejemplo los costos de producción o gastos invertidos que no siempre serán los mismos. No puede concluirse de manera objetiva el lucro cesante por las meras características físicas de la motonave, pues esto podría generar que se indemnicen daños eventuales, que en ningún caso son indemnizables, recuérdese que el perjuicio debe ser real y cierto”*; replicamos:

- En los párrafos precedentes se puso de manifiesto como la jurisprudencia y la doctrina admiten que el lucro cesante de

unidades productivas inmovilizadas, se determine a través de “*analogía*”, “*comparación*”, “*proyección o modelización*”.

- Por otro lado, el flete, en cuanto es un canon, es, por regla general, libre de gastos. El mejor ejemplo de lo anterior lo constituye el fletamento o arrendamiento a casco desnudo.
- En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que ante dictámenes periciales en los que no se determinan los costos o gastos del empresario, bien se puede aplicar un deducible de un 20%.

3.1.3. Frente a específica crítica de la *a quo* al dictamen pericial de marras, que la desarrolló así: “*Otro defecto del dictamen es que el perito de manera autónoma decide hacer el cálculo desde el día 03 de julio de 2003, hasta el 08 de junio de 2004, pese a que el objeto del dictamen no contemplaba esas fechas, pero de acuerdo a lo ya estudiado en esta*

sentencia, el periodo a indemnizar no es aquel, sino el comprendido desde el 30 de julio de 2003 hasta el 05 de mayo de 2004, por los que los valores de las conclusiones del dictamen necesariamente estarán erradas”; replicamos:

- El Dr. Efraín Pérez Trujillo, en su dictamen pericial, sí conceptuó sobre lo que se le pidió; y para el efecto, en su documento, dijo:
“VALOR DIARIO DE FLETES DEL ARMADOR EN DÓLARES (US\$)”. Para 03 - julio - 2003 el valor diario en US\$ se obtiene de la siguiente forma: $150,5714 \text{ TEU} \times \text{US\$}19,57 = \text{US\$}2.946,6823$, y así sucesivamente para todo el año, hasta el 31 – Diciembre – 2003. Para el 01 – Enero – 2004, el valor total diario en US\$ se obtiene de la siguiente forma: $150,5714 \text{ TEU} \times \text{US\$}25,02 = \text{US\$}3.767,2964$, y así sucesivamente hasta el 08 – junio – 2004 (Anexo 1)”. (Negrillas fuera del texto original).

- Que el perito, en su dictamen, haya hecho una evaluación matemática sobre la progresión actualizada de los fletes que él dijo perdió diariamente WSMC S. A., por la inmovilización de la nave Rebecca I, por causa imputable a Cotecmar, no tiene ninguna importancia. **En todo caso, esa actualización matemática, que se finca en hechos notorios, le corresponde hacerla al juez de la causa.**

3.2. El Dictamen pericial que en el *sub iúdice* rindió el Dr. Efraín Pérez Trujillo, debe ser acogido por el *ad quem* habida cuenta las siguientes consideraciones probatorias:

3.2.1. La vocación de la nave Rebecca I, como unidad productiva idónea para el transporte de mercaderías. Esto se acreditó en el *sub iúdice* con el siguiente material probatorio:

- Documento que milita a folio 41 del cuaderno principal No. 1, que trata sobre el contrato de reparaciones No. 025 de 2003, que celebraron Cotecmar y Mundinaves Ltda., el cual se consigna en proformas que para el efecto usa Cotecmar (**contrato de adhesión**), y en el que se señala que la nave Rebecca I, se corresponde con la clase de tráfico idónea para la carga general.

- Documento que milita a folio 98 del cuaderno principal No. 1, que trata sobre el acta de visita que la Capitanía de Puerto de Cartagena, realizó sobre la nave Rebecca I, el 13 de marzo del 2003, en el que una autoridad pública, como lo es la Capitanía de Puerto de Cartagena, señala que la nave en cuestión cuenta con una capacidad de carga igual a 2.279 toneladas: T.P.B o D. W, tonelaje de peso muerto, igual a 2.279 toneladas. Esta es una convención que internacionalmente se usa para describir la capacidad de carga de una nave.

- Interrogatorio de parte que absolvió Antonio Rotella, Presidente de WSMC S. A., en la que señaló que “... *en el caso de Rebecca en específico, él vino con una carga desde Europa hasta Santa Marta y nos era lógico llevarlos a un astillero cerca de ese lugar*”.

Más adelante precisa el señor Antonio Rotella, “... *añado el buque cargó una carga en Bilbao (España), una carga en Roterдам (Holanda) para los puertos de Aruba y Santa Marta respectivamente, cuyo trabajo se pudo hacer porque las tapas funcionaban perfectamente, es decir abrían y cerraban perfectas, estaban alineadas, estaban bien*”. Esta declaración del señor Antonio Rotella se encuentra a folios 153 y 154 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2. La declaración del señor Antonio Rotella sobre que la nave llegó primero a Santa Marta, lo confirma el acta de visita de la Capitanía de Puerto de Cartagena, en la que aparece que la nave venía o procedía de Santa Marta.

- Declaración que el señor Álvaro Lequerica Otero dio en su interrogatorio de parte, en el cual señaló que en el año “2003 los señores *WORLD SHIPPING MANAGEMENT* trajeron un buque llamado *REBECA* que vino con carga amparado en un contrato de fletamento que fue atendido por la agencia Naves en Santa Marta ...”. Esta declaración obra a folios 177 y 178 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2.

3.2.3. La prueba de la cuantía del perjuicio, o sea, el precio o valor del lucro cesante día que WSMC S. A., dejó de obtener durante el período en el que la nave Rebecca I, estuvo inmovilizada por culpa de Cotecmar en los astilleros de ésta:

- Dictamen pericial que rindió el auxiliar de la justicia, Dr. Efraín Pérez Trujillo, que obra a folios 194 a 209 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2. WSMC S. A., pidió, en el

libelo, que un auxiliar de la justicia rindiera un dictamen pericial en el cual *“conceptuara acerca de cuál era el ingreso que diariamente, y en dólares de los Estados Unidos de América, y para los años 2003 a 2004, y por concepto de fletes, u otros, recibía, o podía recibir, razonablemente, el armador de la M/N Rebecca I”,* o sea, WSMC S. A. El Despacho, mediante proveído que produjo el 6 de diciembre del año 2011, que obra a folios 182 a 186 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2, admitió la práctica del medio de prueba advertido. Y, para ese efecto, nombró al auxiliar de la justicia, Economista Efraín Pérez Trujillo, quien, previa posesión, que ocurrió el 11 de enero del 2011, según consta a folio 190 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2, asumió el encargo, y, seguidamente, presentó su trabajo pericial o de experto, conforme viene ordenado en el interlocutorio que abrió a la práctica de pruebas el caso *sub iúdice*. El perito, el 6 de febrero de 2012, rindió la

experticia que se le pidió, la cual obra a folios 194 a 209 del cuaderno principal No. 3, que contiene excepciones No. 2. En su trabajo de experto, textualmente dijo el auxiliar de la justicia: “*LA UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), utiliza la asociación de Armadores Marítima de Hamburgo (formalmente la Vereinigung Hamburger Schiffsmakler und Schiffsagenten VHSS), como su principal fuente de precios en buques de carga de contenedores. El VHSS mantiene unos pocos índices de precios de carga de contenedores en barcos charter. La más antigua, que data de 1998, se llama el Índice de Hamburgo (ANEXO 5). Este índice considera el tiempo de las cartas en portacontenedores celulares controladas por los corredores de Hamburgo. Se limita a las cartas de 3 meses o más, y presentado como el costo diario promedio en dólares de Estados Unidos por un espacio de una TEU (capacidad de carga de un contenedor de 20 pies), con un peso*

de 14 toneladas métricas. El Índice de Hamburgo de datos se divide en diez categorías basadas principalmente en la capacidad de los buques de carga. Dos categorías adicionales existen para las pequeñas embarcaciones de menos de 500 TEU que llevan sus propias grúas de carga. En 2007, comenzó VHSS otro índice, el Nuevo Contex que rastrea datos similares obtenidos a partir de un grupo internacional de corredores marítimos”. Y, a renglón seguido, continuó el perito con su acabada exposición: “Al dividir el Tonelaje de Registro Bruto (T.R.B.), 2.108 Ton entre 14 tn/TEU, obtenemos un total de 150,5714 TEU, lo que ubica a la N/M Rebecca I, en la categoría I, para las pequeñas embarcaciones de menos de 500 TEU. En el HAMBURG ÍNDEX (ANEXO 5), se muestra el valor promedio diario de las tarifas en dólares de barcos portacontenedores de 14 t/TEU para esa categoría. Como se puede observar para el año 2003 el valor estuvo en US\$19,57 y para el año 2004 en US\$25,02. Estos valores se toman como

referencia para el cálculo de lo que dejó de percibir o ganar el Armador de la M/N Rebecca I, mientras estuvo en los astilleros de Cotecmar". Y, sobre el punto relativo al "VALOR DIARIO DE FLETES DEL ARMADOR EN DÓLARES (US\$)", dijo el perito que:

"Para 03 - julio - 2003 el valor diario en US\$ se obtiene de la siguiente forma: $150,5714 \text{ TEU} \times \text{US\$}19,57 = \text{US\$}2.946,6823$, y así sucesivamente para todo el año, hasta el 31 – Diciembre – 2003. Para el 01 – Enero – 2004, el valor total diario en US\$ se obtiene de la siguiente forma: $150,5714 \text{ TEU} \times \text{US\$}25,02 = \text{US\$}3.767,2964$, y así sucesivamente hasta el 08 – junio – 2004 (Anexo 1)".

- **Este dictamen del perito es, en todos los órdenes, exhaustivo, consistente, preciso y, además, suficiente, amén de que el perito nombrado y posesionado para la tarea que se le asignó como auxiliar de la justicia, tiene la probada**

competencia para este efecto (artículo 241 del C. de P. C.). Y señalamos sobre esa competencia científica del perito para rendir el dictamen que en el *sub iúdice* rindió, con el objeto de refutar una de las objeciones que contra el perito formuló la Aseguradora Liberty S. A., en la cual acusaba al Dr. Efraín Pérez Trujillo de no ser idóneo para conceptuar sobre temas del negocio naviero. Pues bien, la Aseguradora para acreditar su objeción pidió que el Dr. Efraín Pérez Trujillo, exhibiera sus diplomas sobre “*DERECHO MARÍTIMO, DERECHO INTERNACIONAL, o NEGOCIOS INTERNACIONALES, que lo habiliten como persona idónea y competente para rendir el experticio que se objeta*”. Ver los folios 261 a 262 del cuaderno principal No. 4, que contiene excepciones No. 3. La anterior objeción de la Aseguradora, el juez del caso *sub iúdice* la rechazó, cuando, en interlocutorio que produjo el 12 de octubre de 2016, que obra a folios 740 a 741, reversos incluidos, del cuaderno principal No. 5, señaló: “*En el caso que nos ocupa,*

a folio 262 del cuaderno principal tomo 4, el apoderado de Liberty Seguros S. A., solicita se oficie al perito nombrado y posesionado, para que acredite sus calidades, que lo habiliten como persona idónea y competente para rendir el peritaje objetado, para esta célula judicial este requerimiento resulta innecesario, toda vez que el Sr. EFRAÍN PÉREZ TRUJILLO, para ser incluido en la lista de auxiliares de la justicia debió acreditar sus calidades como economista, especialidad que se requirió por el demandante al momento de pedir la prueba. Así las cosas, se negará por superflua la prueba requerida de “Oficiar al perito para que acredite sus calidades”. (Negrillas fuera de texto original). Esta decisión del despacho no la impugnó ni Cotecmar ni la Aseguradora.

- La suficiencia, en todos los órdenes, del dictamen pericial que en el caso *sub iúdice* rindió el perito Efraín Pérez Trujillo, también se

acredita al observar como las otras objeciones que contra tal dictamen presentaron Cotecmar y Liberty Seguros S. A., fueron superadas una vez que contra ellas se argumentó cabalmente para refutarlas y, además, se introdujeron las pruebas que sostenían las refutaciones hechas a las objeciones mencionadas:

- Cotecmar acusa el dictamen pericial rendido por el señor Efraín Perez Trujillo de error grave, porque, según ella, *i)* la M/N Rebecca I, no era una nave portacontenedores y, dice, que por eso no podía el auxiliar de la justicia usar el Índice de Hamburgo para calcular el flete diario en dólares de los EEUU, que una nave como la Rebecca I, podía obtener para los años 2003 y 2004; y *ii)* que no podía el perito, para el calcular el flete mencionado, tomar como medida de referencia el Tonelaje de Registro Bruto de la nave, sino el Tonelaje de Registro Neto de la M/N Rebecca I. Esta última objeción también la trae a colación Liberty Seguros S. A.

Cotecmar no pidió la práctica de pruebas para acreditar sus objeciones. Liberty Seguros S. A., si pidió que se oficiara a la Capitanía del Puerto de Cartagena, para que ésta certificará cuál era el *“parámetro correcto de medida para liquidar el valor de los fletes de una embarcación que transporta mercancías, corresponde al TONELAJE DE REGISTRO BRUTO (TRB) o si corresponde al TONELAJE DE REGISTRO NETO (TRN)”*. En la oportunidad que se nos dio para refutar las anteriores objeciones, las mismas las derruimos con los siguientes argumentos y pruebas, según obra a folios 644 a 753, y 805 a 832 del cuaderno principal No. 5. En efecto, señalamos que: *“Dentro del término de traslado correspondiente, acudimos ante su Señoría, con el debido respecto, para referirnos a las objeciones que las demandadas propusieron contra el dictamen pericial que en el caso examinado otrora rindió el Dr. Efraín Pérez Trujillo, y, para el propósito indicado, exponemos como sigue:*

- 1. En el caso sub iúdice la pretensión principal contenida en el libelo se mueve en torno al lucro cesante al que tienen derecho los demandantes, o sea, la recuperación de la ganancia o provecho dejada de percibir por **WSMC S. A.**, y subsidiariamente el otro demandante, por el hecho de que cuando Cotecmar reparaba la M/N Rebecca I, incumplió sus deberes de conducta secundarios, y, consiguientemente, causó que la mencionada nave estuviera inhábil, o inmóvil, para la navegación comercial por un largo período de tiempo. Y ese periodo de inactividad comercial de la M/N Rebecca I, por culpa imputable a Cotecmar, ésta lo tiene que reparar plenamente.

- 2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha sido muy prolija respecto de los medios de que puede prevalerse el actor para acreditar el lucro cesante que le corresponde por la inmovilización de una unidad productiva. Y

*entre esos medios se cuenta, entre otros, con aquellos estudios, propios de las matemáticas estadísticas, lo que ofrece a los mismos un grado de certeza, que se refieren al comportamiento del mercado en el que ordinariamente se usan cosas iguales o similares a aquella que se encuentran inactiva, que, para el caso examinado, **sería el mercado de fletes.***

- 3. *El índice de Hamburgo, que el perito usa en su experticia, es un medio idóneo para acreditar, razonablemente, los fletes o ingresos que los demandantes pudieron haber obtenido por la operación de la M/N Rebecca I, en un periodo de tiempo, si Cotecmar no la hubiera dañado. Este Índice de Hamburgo es usado reiteradamente por organizaciones internacionales que estudian el mercado de fletes; y una de ellas es la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD** – de la cual hace parte la República de Colombia.*

Anualmente la UNCTAD publica un riguroso estudio sobre el transporte marítimo, en el que sesudamente se analiza el comportamiento del mercado de fletes.

- *4. Tanto para validar, en lo que sea pertinente, el dictamen del señor perito, como para replicar las objeciones de las demandadas, traemos a cuento los informes de la UNCTAD sobre transporte marítimo correspondiente a los años 2005 y 2011, en los cuales, y para determinar los fletes que ordinariamente recibía una nave portacontenedores en los años 2003 y 2004, usan como fuente el Índice de Hamburgo. En el informe de la UNCTAD sobre transporte marítimo del año 2011, se señala, en su página 83, que el ingreso promedio en dólares de los Estados Unidos de América por plaza de 14 toneladas métricas **por día** para el armador es igual a los USD\$19,6 para el año 2003, y a USD\$25,0 para el año 2004, lo cual se corresponde enteramente con lo expuesto por el*

señor perito en su dictamen. Y en la página 84, del último informe mencionado, literalmente se señala que la fuente para la determinación de los precios indicados lo fue el “Índice de Hamburgo, de la Asociación de corredores marítimos de Hamburgo, disponible en <http://www.vhss.de>”.

- *5. Señalan las demandadas que la M/N Rebecca I, es una nave de carga general y que, además, no es portacontenedores. Lo anterior no es cierto: una nave de carga general puede perfectamente cargar portacontenedores, en el entendimiento de que éstos no son más que formas para embalar una mercancía. Por otro lado, la M/N Rebecca I, fue diseñada como una nave portacontenedores, y para acreditar lo anterior traemos, para que obre como prueba documental en el caso sub iúdice, y para replicar las objeciones de las demandadas, el plano original, en pergamino, de capacidades de la M/N Rebecca I, que también se*

llamó “DELTA, MEIKE, ALFAMA, MA” REB”, que fue realizado por el Astillero constructor SCHIFTSWERT MARTIN JANSEN, según el casco 148, y reconocido por la casa clasificadora GERMANISCHER LLOYD + 100 A14, E2 + MC, E2, AUT 16/24.

En este punto, y frente a lo consignado por la casa clasificadora indicada en el documento mencionado, éste es uno meramente declarativo.

- 5.1. Para acreditar la originalidad del plano de capacidades mencionado, introducimos una copia, obtenida en la página electrónica: https://de.wikipedia.org/wiki/Bauliste_der_Jansen-Werft, en la que se identifican las naves construidas por el mismo Astillero que llevó a cabo la construcción de la M/N Rebecca I, precisándose, lo cual corresponde con el plano de capacidades indicado, los siguientes datos: nombre original de la nave: DELTA; número de casco: 148. También se da en la página de Wikipedia

citada, los otros siguientes datos sobre la nave en cuestión: su número IMO 7711127; y los distintos nombres que ha tenido la nave Rebecca. Conforme a las reglas que tratan sobre los documentos electronicos, la documentación traída al sub iúdice sobre la M/N Rebecca I, tomada de la página electronica https://de.wikipedia.org/wiki/Bauliste_der_Jansen-Werft, tiene pleno valor probatorio.

- *5. 3. Como se están aportando documentos que obran en lenguaje diferente al Castellano, como un plano de capacidades de la M/N Rebecca I, elaborado en Alemán, idioma en que tambien está el documento obtenido de la página de Wikipedia, solicitamos que se nombre, de la lista de auxiliares de la justicia, un perito traductor, con suficiente conocimiento del idioma Alemán, para que traduzca los documentos mencionados al Castellano y obtengan mayor valor probatorio”.*

- El perito traductor, Dr. Luis Carlos Francisco Castillo Serrano, tradujo al español los documentos que venían en alemán y que se aportaron al caso *sub iúdice* cuando se refutaron las objeciones que Cotecmar y Liberty Seguro S.A., propusieron contra el experticio rendido por el Dr. Efraín Pérez Trujillo. Dentro de esos documentos está el plano original, en pergamino, de capacidades de la M/N Rebecca I, que también se llamó “*DELTA, MEIKE, ALFAMA, MA” REB*”, que fue realizado por el Astillero constructor SCHIFTSWERFT MARTIN JANSEN, según el casco 148, **y reconocido por la casa clasificadora GERMANISCHER LLOYD + 100 A14, E2 + MC, E2, AUT 16/24.** Pues bien, en la traducción que sobre tal plano realizó el Dr. Luis Carlos Francisco Castillo Serrano, aparece, inequívocamente, que la nave Rebecca I, se diseñó para cargar, entre otras formas de embalar mercancías, contenedores. La nave en cuestión, según la traducción de su plano de capacidades, tiene una capacidad de

carga de 2.280,1 toneladas, lo cual se corresponde positivamente con lo que sobre el particular dijo el perito Efraín Pérez Trujillo en su experticia, que estimó la capacidad de carga de la M/N Rebecca I, en 2.108 toneladas, un poco por debajo de la capacidad de carga real de la nave. También la traducción comentada del plano de capacidades de la nave Rebecca I, consigna que la nave puede cargar “*contenedores bajo cubierta: 78 20 TEU*”, y bajo cubierta “*44 20 TEU*”. También, en la traducción del plano de capacidades de la Rebecca I, aparece el “*Plan de estiba de contenedores M1:200*”. La experticia de traducción se dio en traslado a los demandados mediante auto producido por el despacho el 23 de agosto de 2018, el cual obra a folio 834 del cuaderno principal No. 5. **Cotecmar y Liberty Seguros S. A., sobre la traducción que realizó el Dr. Luis Carlos Francisco Castillo Serrano, no dijeron absolutamente nada.**

- Y, aquella prueba que pidió Liberty Seguros S. A., consistente en que se oficiara a la Capitanía de Puerto de Cartagena, para que ésta certificará sobre cuál era el *“parámetro correcto de medida para liquidar el valor de los fletes de una embarcación que transporta mercancías, corresponde al TONELAJE DE REGISTRO BRUTO (TRB) o si corresponde al TONELAJE DE REGISTRO NETO (TRN)”*, la Capitanía de Puerto de Cartagena la contestó mediante oficio que aparece fechado 13 – 01 – 2017, en el que dijo: *“En respuesta a su oficio radicado bajo No. 152016112511 de fecha 19 de diciembre de 2016, en el cual solicita se certifique el parámetro correcto de medida para liquidar el valor de los fletes de una embarcación, ante lo cual me permito manifestar lo siguiente: EL TEMA DE LA LIQUIDACIÓN DEL VALOR DE LOS FLETES DE UNA NAVE ES UN TEMA COMERCIAL, EL CUAL NO ES REGULADO POR LA AUTORIDAD MARÍTIMA, RAZÓN POR LA CUAL NO ES*

POSIBLE CERTIFICAR POR PARTE DE ESTE DESPACHO”.

Ver documento que obra a folio 748 del cuaderno principal No. 5.

Entonces, y tal como se acredita con suficiencia, el experticio rendido por el Dr. Efraín Pérez Trujillo, debe ser admitido por el *ad quem*, en cuanto tal experticia está llena de “firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos”, conforme lo manda el artículo 241 del C. de P. C., o el 232 del C. G. del P.

4. En la sentencia impugnada, la *a quo* consideró que el periodo de inmovilización de la nave Rebecca I, en los astilleros de Cotecmar, por culpa de ésta, ocurrió entre el 30 de julio de 2003, al 5 de mayo de 2004.

Sobre esta última data, o sea el 5 de mayo de 2004, erra el Despacho.

Para acreditar tal postura se trae a cuento las siguientes pruebas:

- Folios 230, 231, 232, 233, 234 del cuaderno de pruebas nominado tomo 37, parte 1, que Cotecmar envió al Despacho a propósito de la inspección judicial que en sus instalaciones se llevó a cabo. En este documento, que elaboró Edwin Rafael Sará Ramírez, Gerente del Proyecto M/N Rebecca I, el 27 de octubre del 2003, se pone de manifiesto, inequívocamente, el tiempo o plazo en el que Cotecmar acabó la realización de los trabajos iniciales y, también, los adicionales, ciertamente contratados por WSMC S. A., en la motonave Rebecca I: esto aconteció el 30 de julio del 2003. Este mismo documento también aparece a folios 430 a 434 del cuaderno de pruebas nominado tomo 36.

- Que los trabajos absolutos que Cotecmar debía hacer sobre la nave Rebecca I, acabaron en julio del 2003, lo confirma la declaración jurada que absolvió Edwin Rafael Sará Ramírez, en el caso *sub iúdice*, la cual obra a folio 233 del cuaderno principal

No. 4, que contiene excepciones No. 3. Al testigo en mención se le preguntó, sobre el particular: *“PREGUNTADO: Díganos si es correcto suponer o inferir, de lo que usted inmediatamente respondió, si una vez que la nave fue bajada de dique en julio del 2003, acabaron la totalidad de los trabajos de reparación a los que Cotecmar se obligó sobre la motonave Rebecca I. CONTESTO. Si”.*

- Ahora bien, cuándo acabó el tiempo de inmovilización de la M/N Rebecca I, en el astillero de Cotecmar, por culpa de ésta? Tal cosa realmente ocurrió el 4 de junio del 2004, tal cual como se prueba con la comunicación interna que Edwin Rafael Sará Ramírez, envió, el 4 de junio del 2004, a JDVMEC – M, en la que señala: *“con toda atención le informó que la motonave REBECCA I, permanece un goteo en unos de los acoples de la tubería hidráulica que gobierna el sistema de cierre y apertura de las*

tapas MAC GREGOR, por tal motivo se solicita su colaboración para que sea atendida y solucionada esta novedad y sea cargado el personal respectivo a la orden de trabajo No. 9682. PLAZO DE CUMPLIMIENTO: junio – 04 – 2004”. La orden No. 9682 hace referencia a los trabajos de reparación que Cotecmar asumió, a sus costas, para la reparación de las guías de las tapas de la bodega de la M/N Rebecca I. El documento mencionado desvirtúa lo consignado en el acta de reunión ocurrida en Cotecmar el 06 de mayo de 2004, en la cual se dice que los trabajos que Cotecmar hizo en la nave Rebecca I, para reparar el daño que causó en las guías de las tapas de la bodega de la nave en cuestión, lo hizo el 5 de mayo de 2004.

5. Ahora bien, si se considera por el *ad quem* que en el caso *sub iúdice* tiene aplicación la cláusula penal admitida por la *a quo* en la sentencia escrita impugnada, habrá de considerarse que tal cláusula penal, que

es retardataria o moratoria diaria, ha de darse con la contabilización de los intereses moratorios mercantiles causados, según pasa a exponerse:

5.1. En el libelo, en la pretensión subsidiaria No. 3 de la principal No. 5, se pidió: “Condénese, por su Señoría, a **COTECMAR**, y habida cuenta que **incumplió un deber prestación o primario** que a ella imponía el contrato que celebró con **WORLD NEPTUNE S. A.**, tal cual lo exponemos en la pretensión subsidiaria No. 3. de la principal No. 4, de este memorial, a pagar a **WORLD NEPTUNE S. A.**, el lucro cesante que infligió a ésta, y por el hecho de que la M/N Rebecca I, estuvo inmovilizada - visto el daño que en la citada nave causó **COTECMAR**, y que impedía la navegabilidad comercial de la unidad -, en los astilleros de ésta, desde el día 3 de julio de 2003, fecha en la cual había vencido el plazo en el que **COTECMAR** debía ejecutar los trabajos a su cargo, o desde la fecha que se determine por cualquier medio probatorio, y

hasta el día 9 de junio de 2004, cuando la nave zarpó del puerto de Cartagena, o desde la fecha que se determine por cualquier medio probatorio, a razón de **MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS diarios (USD\$1.500.00)** - calculados según la tasa representativa del mercado del dólar americano que aplicaba para los años 2003 y 2004, en la República de Colombia -, y según aparece consignado en la cláusula tercera del contrato que **COTECMAR y WORLD NEPTUNE S. A.**, celebraron el 28 de marzo de 2003, **más los intereses moratorios mercantiles causados y calculados a la tasa más alta que haya fijado el Banco de la República de Colombia, más la indexación respectiva**". (Negrillas y subrayados fuera del texto original). En el mismo sentido se mueve la pretensión subsidiaria No. 1 de la principal No. 5, solo que respecto de WSMC S. A.

5.2. En la sentencia escrita impugnada, la *a quo* tuvo a bien acoger la cláusula penal ciertamente consignada en el contrato de reparaciones

específicas de la nave Rebecca I, en beneficio de World Neptune S. A., y contra Cotecmar. El punto es que respecto de tal cláusula penal, con la cual convencionalmente se sanciona, con un importe diario, el retardo en la ejecución de las obligaciones principales a cargo de Cotecmar, se solicitó, también, la condena contra ésta a propósito de los “**intereses moratorios mercantiles causados y calculados a la tasa más alta que haya fijado el Banco de la República de Colombia ...**”.

5.3. La cláusula penal establecida en el contrato de marras es, según el perjuicio que convencionalmente con ella se soluciona, retardataria o moratoria, esto es, sanciona, **con un importe diario**, el retardo en la ejecución de las obligaciones principales a cargo de Cotecmar. Esa cláusula penal creó una obligación dineraria diaria contra Cotecmar, la cual, como es obvio, ésta debía cumplir o satisfacer en su plazo, o sea, día a día; y si así no lo hizo, incurrió en el incumplimiento de una obligación de dar una suma dineraria diariamente. Entonces, este

incumplimiento, culpable y, por lo tanto, moroso, permite que, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1610 del C. C., se reclamen perjuicios contra Cotecmar, los cuales no son otros que los “**intereses moratorios mercantiles causados y calculados a la tasa más alta que haya fijado el Banco de la República de Colombia** ...”, los cuales se han de liquidar día a día en función del día de su actualización, justamente porque la cláusula penal mencionada le imponía a Cotecmar la obligación de entregar diariamente una suma de dinero. Y tales intereses han de ser mercantiles, habida consideración que el contrato de construcción naval, entre los que se cuentan los de reparaciones navales, es, por expresa definición legal, absolutamente mercantil: parágrafo No. 2 del artículo 1438 del C. de Co.

5.4. En este punto conviene precisar que tales intereses moratorios mercantiles se causan ante el incumplimiento de la cláusula penal retardataria o moratoria diaria, o sea, repetimos, que en el término

acordado convencionalmente, que era diario, Cotecmar no satisfizo su obligación de dar una suma de dinero y, por lo tanto, ese específico incumplimiento habilita al acreedor a pedir la solución del perjuicio que tal incumplimiento le acarreó; y tal solución se logra justamente condenando a Cotecmar a pagar los intereses moratorios mercantiles causados.

5.5. Lo anterior tiene capital importancia frente a los límites que la jurisprudencia ha puesto para el crecimiento de la cláusula penal, los cuales deduce partiendo de la función más socorrida de ésta: convención anticipada sobre la estimación de los perjuicios que el incumplimiento de una obligación principal contractual irroga al acreedor. Ante la regulación de tal incumplimiento, en términos de que se tasa monetariamente el perjuicio que el mismo crea, ha expresado la jurisprudencia que no es posible salirse de la cláusula penal para la solución del incumplimiento contractual. **Ahora bien, esto es una cosa;**

y otra, muy distinta, el incumplimiento de la cláusula penal propiamente dicha. Este es un nuevo incumplimiento; ergo, el mismo ha de solucionarlo su responsable. En el caso en cuestión, insistimos, Cotecmar, a propósito de la cláusula penal mencionada, debía dar diariamente una suma de dinero a su acreedor; no lo hizo; luego, entonces, ese no pago (incumplimiento), más su constitución en mora, lo lleva, conforme a juridicidad, a solucionar los perjuicios que le causó a su acreedor; y como lo debido es dinero, tal incumplimiento se soluciona con la condena a Cotecmar de pagar los intereses moratorios mercantiles causados, según la forma de cálculo que se acompañó a la impugnación introducida el 10 de febrero del 2020.

6. Y, por último, en estos casos de responsabilidad civil contractual, una vez que se satisfizo el juicio de atribución de responsabilidad, como

acontece contra Cotecmar, siempre será posible condenar en abstracto, cuando la cuantía del perjuicio no viene demostrada.

En aquellos puntos que no son favorables a los intereses de los demandantes, se solicita la revocatoria de la sentencia recurrida, según lo expuesto en precedencia.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, followed by a small cross-like mark.

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO
C. C. No. 85.454.181 de Santa Marta
T. P. No. 85.162 del C.

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO
Abogado
U. DE CARTAGENA.
Especialista en Derecho de los Negocios
Especialista en Derecho Comercial
U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

Cartagena de Indias, D. T. y C., 19 de noviembre de 2020.

Señor Magistrado, Doctor,
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Sustanciador
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL – FAMILIA
En sus correos electrónicos: secsalcivfam@cendoj.ramajudicial.gov.co
des03scftsbolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Declarativo, verbal, contractual, responsabilidad civil, mayor cuantía, que World Shipping Management Corporation S. A., y otro, promueven contra Cotecmar y otro.

Radicado No. 13001 31 03 005 2010 00090 01.

Cuaderno de segunda instancia: Apelación sentencia de primer grado.

Memorial: Ampliación de la sustentación del recurso de apelación, según los reparos expuestos ante la a quo, que los demandantes propusieron, en lo que les fue desfavorable, contra la sentencia de primer grado producida en el caso sub iúdice.

Respetuosos saludos:

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 85.454.181, expedida en la ciudad de Santa Marta, y T. P. de Abogado No. 85.162 del C. S. de la J., acudimos a su Despacho,

con el debido respeto, en nuestra condición de Apoderado principal de **WORLD SHIPPING MANAGEMENT CORPORATION S. A.**, como, también, de **WORLD NEPTUNE S. A.**, a ampliar la sustentación, según los reparos expuestos ante la *a quo*, de la apelación propuesta contra la sentencia que ésta produjo, en el caso *sub iúdice*, el 4 de febrero de 2020, en lo que en ésta resulta desfavorable a los intereses de las sociedades comerciales demandantes.

Se expone la ampliación de la sustentación de marras, como inmediatamente sigue:

1. En la sentencia escrita impugnada, la *a quo* decidió no acceder a las pretensiones principales Nos. 1 y 2 del libelo, o sea, aquellas en las que se pide que los efectos del contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, que Mundinaves Ltda., celebró con Cotecmar, se imputen a World Shipping Management Corporation S. A., (en adelante

WSMC S. A.). Sobre este particular se lee en la sentencia en cuestión que la *“parte contratante en el contrato fue la persona jurídica WORLD NEPTUNE S. A., en condición de propietario y/o Armador de la M/N por lo que sería esta Sociedad la beneficiaria cualquier eventual indemnización de perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso del contrato, y la actuación de WSMC S. A., fue a título de intermediación siendo sus agentes - personas naturales, al mismo tiempo los Directores o representantes de WORLD NEPTUNE S. A.”* (sic). Esta decisión de la *a quo* es equivocada, tal como se alegó en la sustentación inicial. Ahora conviene indicar que la inferencia de que WSMC S. A., era, en la relación comercial que se construyó con Cotecmar para que ésta ejecutara reparaciones específicas en la nave Rebecca I, un simple intermediario de World Neptune S. A., no tiene asidero probatorio alguno; y esto es tan cierto que, en la sentencia de primer grado recurrida, no anuncia la *a quo* el material probatorio que le permitió deducir tal inferencia. Incluso, el hecho que los administradores, aunque

en diversa escala funcional, sean los mismos en WSMC S. A., como en World Neptune S. A., no permite el hallazgo de la inferencia mencionada. No hay en el caso *sub iúdice* una declaración, en sentido *lato*, de los administradores de WSMC S. A., de que, en la relación comercial citada, hayan actuado como intermediarios de World Neptune S. A.; por el contrario, su actuación, en la susodicha relación comercial, la hicieron en cuanto miembros de WSMC S. A., y para que ésta fuera el centro de imputación jurídica de tales declaraciones o actuaciones: regla de alteridad en los entes morales.

2. En la sentencia escrita impugnada, la *a quo* soslayó tratar lo del incumplimiento de los deberes secundarios o de conducta que el contrato de reparaciones específicas de la M/N Rebecca I, impuso a Cotecmar. Tal incumplimiento es el punto medular que sostiene las pretensiones, principal No. 4; subsidiaria No. 2 de la principal No. 4; principal No. 5, y subsidiaria No. 2 de la principal No. 5. En la sentencia

escrita simplemente se dijo: “*Así pues, existe suficiente evidencia en el expediente de que hubo un **cumplimiento defectuoso** de la prestación debida por COTECMAR a la hora de realizar las reparaciones en la motonave REBECCA I, específicamente cuando cambió el acero de los tanques laterales y paredes de la bodega de la embarcación, pues ocasionó el ya mencionado defecto a las pistas o guías por donde rodaban las tapas de la bodega de la M/N REBECCA*”. (Folio No. 17 de la sentencia en cuestión, y negrillas fuera de texto).

2.1. A Cotecmar no se le imputa incumplimiento de su deber primario, o débito contractual o prestación específicamente a cargo, cual era poner el acero en las paredes laterales de la bodega de la nave Rebecca I; este hacer, exacto, preciso y determinado, o sea, poner el acero en el citado lugar, Cotecmar lo cumplió, solo que, con ocasión a esto, daño, por incumplimiento de los deberes de conducta o secundarios que el contrato de marras le imponía, las pistas, guías, rieles o brazolas por

donde rodaban las tapas Mac Gregor de la bodega de la nave Rebecca I.

2.2. Entonces, si la prestación la cumplió el deudor, no puede argüirse, como se lee en la sentencia escrita impugnada, que lo que “hubo” fue “*un cumplimiento defectuoso de la prestación debida por COTECMAR a la hora de realizar las reparaciones en la motonave REBECCA I, específicamente cuando cambió el acero de los tanques laterales y paredes de la bodega de la embarcación*”. La prestación debida por Cotecmar, o sea, el hacer consistente en que pusiera tal cantidad de acero en los tanques laterales y bodega de la nave en mención, lo hizo; y lo que está hecho, según lo convenido contractualmente, no es defectuoso. La prestación, como objeto de la obligación, hace referencia a la conducta humana, determinada, exacta, precisa, concisa, que el deudor libremente asume frente a su acreedor. Prestación y libertad están indisolublemente unidas, en el entendido que

solo libremente el hombre acepta realizar o no tal conducta o acto. En ese reducto libérrimo que es la prestación no cabe autoridad distinta al consentimiento de un hombre para obligarse a actuar de determinada manera respecto de otro. Entonces, la prestación ha de verse con un criterio reductor o limitado. A esto lleva la comprensión histórica que ha significado la evolución de la relación jurídica obligatoria, la cual la define la prestación. Ahora bien, y para que ese reducto de libertad, que es la prestación, no se vea deformado, los deberes de conducta o secundarios, que el contrato impone, sí que le pertenecen a éste (integración del contenido normativo del contrato), pero no desde el ámbito de la prestación, que es reducido o limitado, según acaba de verse, sino desde el hecho mismo de la ley o de la costumbre o de la equidad, que los imponen al contrato, solo que tales deberes de conducta o secundarios se encuentran como sobrepuestos a la prestación, en cuanto carriles por los que se mueve ésta, pero sin que se confunda con aquellos.

2.3. Lo incumplido por Cotecmar, como largamente se ha expuesto a en el caso *sub iúdice*, son los deberes de conducta o secundarios que el contrato de reparaciones específicas de la nave Rebecca I, le impuso.

Dice la doctrina sobre los deberes de conducta o secundarios:

*“Señala la doctrina, que los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa, **como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes**; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre lo más relevantes. Siguiendo un criterio diferente, que consiste en*

determinar el momento en el que el deudor debe desarrollar la conducta necesaria para que la otra parte de la relación jurídica pueda obtener el resultado útil de la prestación, BETTI señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina “obligaciones complementarias”, pueden clasificarse en:

A) Los que son antecedentes a la celebración del contrato;

B) Los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y

C) Aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación.

...

Como una forma especial de deberes “secundarios” o colaterales” se encuentran los deberes contractuales de protección, (Schulzpflichten), en la denominación derivada de la doctrina alemana, u “obligaciones de seguridad” (Obligations de sécurité) si se quiere seguir la corriente francesa, que son todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte ...”¹

2.4. Sí, Cotecmar puso el acero en la M/N Rebecca I, pero con ocasión a ello, por su descuido o imprudencia, esto es, por su culpa, incumplió el deber de conducta o secundario denominado de protección o seguridad que el contrato de marras le imponía, puesto que lesionó *“intereses ... patrimoniales de la contraparte”*, a la sazón, de World Shipping Management Corporation S. A., en el entendimiento que dañó las pistas, guías, rieles o brazolas por donde corrían las tapas Mac

¹ Revista Universitas, Universidad Javeriana, Solarte Rodríguez Arturo, La Buena Fe y los Deberes Secundarios de Conducta, publicado el 15 de octubre de 2004, paginas 305 – 307.

Grecor de la bodega de la nave en cita, lo que trajo como consecuencia que la M/N Rebecca I, inmovilizada en Cotecmar, estuviere inútil para la navegación comercial durante un largo periodo de tiempo.

2.5. Incumplido los deberes de conducta o secundarios que el contrato mencionado imponía a Cotecmar, correspondía a WSMC S. A., en el caso *sub examine*, acreditar lo del daño y perjuicio que aquella causó a ésta cuando deformó las pistas, guías, rieles o brazolas por donde corrían las tapas Mac Grecor de la bodega de la nave en cita, que trajo como consecuencia que la M/N Rebecca I, estuviere inmovilizada en Cotecmar y, además, inútil para la navegación comercial durante un largo periodo de tiempo, por lo que WSMC S. A., perdió un considerable lucro cesante; y a fe que ésta suficientemente acreditó tal daño y perjuicio (lucro cesante). En efecto, el lucro cesante causado a WSMC S. A., por la inmovilización de la nave Rebecca I, por culpa de Cotecmar, que llevó a que ésta fuere inútil para la navegación comercial, se

acreditó con el experticio que sobre fletes perdidos rindió el Dr. Efraín Perez Trujillo. El método de comparación que él utiliza en su dictamen es admitido por la jurisprudencia y la doctrina. En ésta se dice:

“En caso de que habiéndose demostrado que el bien estaba destinado a la generación de ingreso, pero no es posible para el afectado aportar las pruebas para acreditar la cuantía del lucro cesante derivado de la inmovilización del bien, el juez, aplicando el artículo 16 de la ley 446 de 1998, deberá acudir a la equidad como criterio para tasar el quantum del perjuicio. Para tal propósito, podrá solicitar pruebas periciales enderezadas a establecer la utilidad promedio que un bien de condiciones similares al dañado genera en el respectivo mercado donde se explotaba la cosa”.² El mercado de fletes a partir del Índice de Hamburgo, que usa el experto, es un mercado de referencia idóneo para calcular el lucro cesante dejado de ganar por WSMC S. A., con ocasión

² Castro de Cifuentes Marcela, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Volumen I, González Briceño Álvaro Andrés, El daño o Perjuicio, página 87, Universidad de Los Andes, Temis, 2010.

a la inmovilización de la nave Rebecca I, por culpa de Cotecmar. Tan útil es el Índice de Hamburgo ante el mercado de fletes, o para él, que la UNCTAD, a la cual pertenece la República de Colombia, lo usa.

2.6. Ahora bien, como lo incumplido, por Cotecmar, son los deberes de conducta o secundarios que el contrato de reparaciones específicas de la nave Rebecca I, le impuso, pues, tal como se alegó en el libelo, la cláusula penal moratoria o retardataria, consignada en tal contrato, es inaplicable en el caso en cuestión, puesto que con ella se sanciona el incumplimiento de la obligación principal del contrato, o sea, la transgresión al estricto deber de prestación a cargo del deudor. Así se infiere de los artículos que regulan lo de la cláusula penal en el Código Civil y en el Código de Comercio, a la sazón, los artículos 1592 y 867. En estas normativas no se ve a la cláusula penal sancionado el incumplimiento de los deberes de conducta o secundarios que el

contrato impone a los sujetos del mismo: **interpretación restrictiva de la cláusula penal.**

2.7. En la sentencia de primer grado, la *a quo* da un salto conceptual particularmente equivocado. Como, según ella, el dictamen pericial rendido por el Dr. Efraín Pérez es insostenible, acudió, para la estimación del perjuicio, a la cláusula penal. Grave error. A la cláusula penal no se va por defectos en la probanza del perjuicio pleno – el dictamen pericial de marras es, en todos los casos, suficiente probatoriamente –, sino porque tal cláusula penal sea la que deontológicamente aplique. Para el caso de la motonave Rebecca I, según lo alegado en el libelo, tenía la *a quo* que argumentar, y acreditar, para aplicar la cláusula penal, que lo incumplido era el deber prestación o principal o débito obligacional, y esto no lo hizo la *a quo* en la sentencia escrita recurrida. Y es que lo incumplido por Cotecmar son los deberes de conducta o secundarios que el contrato de marras le impuso.

2.8. En todo caso es claro que WSMC S. A., optó, en el caso *sub examine*, tal como consta en el libelo, por la indemnización plena, en el entendido que el acreedor puede elegir, siempre, entre ésta o la cláusula penal, pero no ambas al tiempo, a menos que esté acordada esa acumulación: artículo 1600 del C. C.

2.9. Las pretensiones subsidiarias que en el libelo giran alrededor de la cláusula penal, son eso, subsidiarias; y se pidieron porque como en nuestro país a veces la jurisprudencia cambia sobre tantos temas, se incluyeron como subsidiarias para conjurar justamente un riesgo de cambio jurisprudencial sobre la materia, o sea, que se llegue a decir que con la cláusula penal se puede sancionar el incumplimiento de los deberes de conducta o secundarios del contrato, porque los mismos son a la vez constitutivos de la prestación.

2.10. El dictamen pericial que en el *sub lite* rindió el Dr. Efraín Pérez Trujillo es suficiente probatoriamente, especialmente porque al valorarlo con las otras pruebas recogidas en este juicio, sobre todo las que se arrimaron para derruir las objeciones que Cotecmar y Liberty Seguros S. A., opusieron al dictamen mencionado, se dejó en claro que la M/N Rebecca I, era una portacontenedores y, por lo tanto, respecto de ella se podía usar el índice Hamburgo, como bien lo hizo el perito, amén de que con tales probanzas se confirmó la capacidad de carga de la nave que otrora había estimado el perito, Dr. Efraín Pérez Trujillo, en su experticia. Artículo 232 del C. G. del P., y antes el 241 del C. de P. C.

2.10. Entonces, los precios – fletes - que dio el perito, Dr. Efraín Pérez Trujillo, en su dictamen, han de acogerse en el caso sub iúdice, y, como el contrato de reparaciones de la nave Rebecca I, es mercantil, también debe admitirse la petición de intereses moratorios mercantiles, por la cual optan los demandantes: artículos 833 del C. Co., modificado por el

artículo 65 de la ley 45 de 1990; artículo 884 del C. Co., modificado por el artículo 111 de la ley 519 de 1999, como, también, el artículo 886 del C. Co., vista la edad de interposición de la demanda.

2.11. En este punto, no se puede dejar de lado que el parágrafo 2 del artículo 1438 del C. Co, señala que el “*contrato de construcción de naves, **no obstante su naturaleza mercantil**, se regirá por las normas del Código Civil (C. C. arts. 2053 y ss)*” - en derecho comparado, propiamente en la Ley de Navegación Marítima de España, ley 14 del 24 de julio de 2014, se dice, en su artículo 108.3, que “*Las normas de este capítulo serán de aplicación supletoria a los contratos de reparación o remodelación naval, cuando la importancia de éstas lo justifique*”. O sea, en derecho comparado, especialmente el español, el contrato de reparación de naves es una especie del de construcción de la misma -. La remisión normativa mencionada, traslada al contrato de arrendamiento de servicios, específicamente al de contratos para la confección de una obra material, la reparación de una nave mercante: obligaciones de resultado a cargo del artífice. En el artículo 2053 del C.

C., se establece que si “ ... *Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.*” Cotecmar dio o suministró el acero, que puso en las paredes laterales de la bodega de la nave Rebecca I. WSMC S. A., dio la nave misma para su reparación; en esta misma norma también se señala que si ambas partes dan cosas, tanto el comitente como el artífice, la determinación del contrato inferido respecto de la obra nueva, que venta o arrendamiento, se hará según el material que se considere principal para la obra nueva; por ejemplo, el suelo se tiene como principal para los contratos de construcción de una edificación; así que si el suelo lo aporta el comitente de la obra, o sea, el que la encargó, el contrato de obra será de arrendamiento: un hacer; en tanto, que si el suelo lo da el artífice, el contrato será de venta. En el contrato de reparación de la nave Rebecca I, lo principal es la nave misma, como también lo es el suelo, en clara equivalencia entre la una y la otra; y como la nave la dio el comitente, o

sea, WSMC S. A., el contrato es de arrendamiento de servicios: **obligaciones de hacer a cargo del artífice Cotecmar**, lo cual tiene capital importancia frente a la *regula iuris* contenida en el artículo 1617 del C. C., especialmente frente las prohibiciones que en este se listan, las cuales no aplicarían al caso en cuestión.

En aquellos puntos que no son favorables a los intereses de los demandantes, se solicita la revocatoria de la sentencia recurrida, según lo expuesto en la sustentación inicial y en esta ampliación de la misma.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, followed by a small cross-like mark.

ARMANDO ANTONIO VENEGAS POLO
C. C. No. 85.454.181 de Santa Marta
T. P. No. 85.162 del C.

